Die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber Formvorschriften,

insbesondere in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Leonhard Tholl

Referendar in Breslau.

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1930

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0100

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

§ 2. Begriff und Geltung der Einrede der allgemeinen Arglist (exceptio doli generalis) im heutigen Recht 3

§ 3. Zweck und Arten der Formvorschriften 7

§ 4. Wann ist die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber Formvorschriften anwendbar? 10

§ 5. Die Wirkung der Arglisteinrede auf das von ihr betroffene Rechtsgeschäft 26

Literatur.

Asch, Adolf, Der Grundstückskauf. 1926.

Bülow, O., Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht. Recht 1906 S. 769 ff.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II. Tübingen 1900.

Dernburg, Lehrbuch des BGB. Bd. II 1. Aufl. Halle 1902.

Ebbecke, Formvorschriften. Recht 1911 S. 633 ff.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I, 1 18.—21. Aufl. 1923.

Franz, Die formbedürftigen Geschäfte des Reichsprivatrechts. Leipzig 1907.

Frei, Zur Lehre von der gesetzlichen und gewillkürten Form der Rechtsgeschäfte. Diss. Erlangen 1906.

Hoeniger, Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit. Zeitschrift des deutschen Notarvereins S. 673 ff.

— Einrede der Arglist gegenüber Formnichtigkeit. Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1910 S. 907 ff.

Josef, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit. Archiv für bürgerliches Recht Bd. 36 (1911) S. 60 ff.

— Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit. Sächsisches Archiv für Rechtspflege. 10. Jahrg. (1915) S. 413 ff.

Kommentar von den Reichsgerichtsräten. 16. Aufl. 1928.

Kruhöffer, Die exceptio doli generalis im Recht der Schuldverhältnisse. Diss. Leipzig 1909.

Lobe, Adolf, Die Form der Rechtsgeschäfte. Leipzig 1901.

Loewe, Cornelius C., Die Form der Rechtsgeschäfte im BGB. Diss. Rostock 1899.

Oertmann, Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit. Recht 1914 S. 8 ff.

— Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. 3. Aufl. 1927 (allgemeiner Teil).

— Recht der Schuldverhältnisse. 3.—4. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. 1913.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. I.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1899. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1903.

Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB.). Archiv für zivilistische Praxis Bd. 104 S. 1 ff.

Rotmann, Die Form der Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Recht. Diss. Marburg 1903.

Schneider, Konrad, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. 1902.
Schumacher, Die exceptio doli generalis nach BGB. Diss. 1907.
Soergel, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1926.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
Steinbach, Emil, Treu und Glauben im Verkehr. Wien 1900.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. Archiv für zivilistische Praxis Bd. 100 S. 1 ff.
Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. 1905.

§ 1.

Einleitung.

Das Recht ist nicht um seiner selbst willen da, sondern um den nach ihm lebenden Menschen Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten. Darum hat eine starre Rechtsnorm, wenn sie den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht mehr gerecht zu werden vermochte, niemals lange Zeit standgehalten. Nicht vollzog sich der Bruch so, daß der das Gesetz anwendende Richter dieses beugte, auch war in den meisten Fällen nicht sogleich die gesetzgebende Körperschaft aufgeboten, um eine Änderung zu beschließen, sondern in der Regel oblag es dem Richter, die Verbindung vom buchstabenmäßigen Gesetz zum praktischen Fall herzustellen. Maßgebend waren dann meist Erwägungen, die sich auf die in den heutigen Rechten vorkommenden Begriffe „Treu und Glauben", „gute Sitten", „unbillige Härte" beispielsweise stützten.

Die Beschleunigung, unter deren Kennzeichen das heutige Wirtschaftsleben steht, bewirkt eine rasche Änderung der rechtlichen Bedürfnisse. Nur dann kann ein Recht billig und gerecht sein, wenn es diesen rasch wechselnden Bedürfnissen Rechnung trägt. Deshalb sind in letzter Zeit die oberstrichterlichen Entscheidungen häufig auf eine freiere Gesetzesauslegung gestützt worden. Hierbei aber wurde mit großer Vorsicht vorgegangen, denn eine freie Gesetzesanwendung durfte niemals zur Willkür werden. Auch dort, wo das Recht selbst dem Richter freie Hand läßt, wie z. B. in den §§ 134, 157, 242, 823, 826 BGB. ist eine Entscheidung gegen zwingende Vorschriften des Rechts untersagt. Nun hat das Recht, das auf der einen Seite eine freiere Auslegung zuläßt, auf der anderen Seite aber um so stärkeren Zwang auferlegt. Bei einigen Rechtsgeschäften nämlich, die besondere Bedeutung im Rechtsleben haben, hat das Gesetz bestimmte Formen vorgesehen, bei deren Nichtinnehaltung das Rechtsgeschäft nichtig ist.

Diesen schmalen Weg zwischen der starren Rechtsform und den Erfordernissen eines fortschreitenden Gemeinlebens zu finden, ist oberste Aufgabe des Richters, freilich vielleicht seine schwierigste, jedenfalls seine verantwortungsvollste.

Die Feinheit zwischen der unbedingten Anwendung des Gesetzesrechts und der Freiheit in der Anpassung an die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens hat in hervorragender Weise Bülow zum Ausdruck gebracht in seinem Aufsatz: „Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht“ [1]: „Je klarer erkennbar wird, daß die unbedingte Gebundenheit der Rechtsprechung an das Gesetzesrecht aufs strengste aufrechterhalten werden muß, um so deutlicher zeigt sich, wie verfänglich es wäre, an der hergebrachten Vorstellung festzuhalten, daß der Staat seine Rechtsordnungsaufgabe allein durch die Gesetzgebung zu erfüllen habe und erfüllen könne. Nur wenn der Staat einen beträchtlichen Teil dieser Aufgabe dem Richteramt anvertraut und sich damit begnügt, durch die Gesetzgebung grenzsetzende Rechtsbestimmungen aufzustellen, an welche die Rechtsprechung bei der Entscheidung der einzelnen Rechtsfragen gebunden sein soll, ist die Staatsgewalt imstande, ihrem Rechtsordnungsberuf voll gerecht zu werden. Erst dadurch, daß innerhalb der vom Gesetzesrecht errichteten festen Schranken ein Richteramt waltet, welches in einer nicht schon im voraus gesetzlich festgelegten Weise den wechselnden Zuständen und Bedürfnissen des Gemeinlebens Rechnung trägt und so der Rechtsordnung von Fall zu Fall erst zur vollen, jenen Bedürfnissen sich elastisch anpassenden gerechten Ausgestaltung verhilft, — erst dadurch, daß dem Gesetzesrecht eine solche viva vox juris, ein solches *δίκαιον ἔμψυχον* zum Begleiter, Diener und Gehilfen beigegeben ist, wird dem Rechtsganzen die unerläßliche Eigenschaft einer das Gemeinwesen beherrschenden, leitenden und fördernden lebendigen Kraft gesichert.“

Und so hat in der Tat Wissenschaft und Rechtsprechung in vielen Fällen den Weg gewiesen, der zu einer möglichst allseitig befriedigenden Lösung von Tatbeständen führte, bei denen scheinbar die Gesetzesnormen lückenhaft waren oder zu einem unbilligen Ergebnis führten. Dazu gehören nun auch alle jene Rechtsbetrachtungen, die die Einrede der allgemeinen Arglist und deren besonderen Anwendungsfall gegenüber Formvorschriften zum Gegenstande haben.

Hierauf soll nun im folgenden noch näher eingegangen werden, nachdem zunächst Begriff und Geltung der Einrede der allgemeinen Arglist, sowie Zweck und Arten der Formvorschriften kurz dargetan worden sind.

---

[1]) Recht. 1906 S. 779 ff.

§ 2.

Begriff und Geltung der Einrede der allgemeinen Arglist (exceptio doli generalis) im heutigen Recht.

Die Rechtswissenschaft unterscheidet zwei Arten der Einrede der Arglist: die exceptio doli specialis und die exceptio doli generalis. Die erstere richtet sich gegen einen Anspruch, den der Kläger durch ein arglistiges Verhalten, insbesondere durch Betrug, erlangt hat. Sie ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit und soll deshalb hier nicht weiter betrachtet werden.

Die exceptio doli generalis oder Einrede der allgemeinen Arglist hat in ihrer Wesenheit einige Wandlungen in der Rechtsgeschichte erfahren. Man stellte es bei ihr ursprünglich auf die Gesinnung des Klägers ab, indem man eine Klage dann für widerrechtlich erhoben hielt, wenn der Kläger sie im Bewußtsein unredlich zu handeln erhoben hatte. Später — bei dem Übergang des Rechtsinstituts der exceptio doli generalis in das gemeine Recht — wurde sie einem zwar formell begründeten Klageanspruch gegenübergesetzt, wenn der Anspruch dem Rechtsgefühl oder Treu und Glauben widersprach[2]). Die Entscheidung darüber, wann dies der Fall ist, läßt sich nicht allgemein bestimmt sagen. Das Rechtsgefühl und die Begriffe von Treu und Glauben unterliegen den jeweils geltenden sittlichen Empfindungen einer Zeit. Sie sind also wandelbar und nur von Fall zu Fall bestimmbar.

Das Rechtsgefühl muß über die Frage entscheiden, ob ein Anspruch berechtigt oder unberechtigt ist. Hierbei ist von dem Standpunkt einer jeden der streitenden Parteien auszugehen. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist dabei das Feingefühl des urteilenden Richters, der nicht nur vom rein formalen Gesichtspunkt aus die sich widersprechenden Ansprüche zu beurteilen hat, sondern über den Parteien stehend der Gerechtigkeit zum Siege verhelfen soll. Da das Rechtsgefühl auf ganz subjektiven Momenten beruht, wird seine Intensität von der Persönlichkeit des Richters selbst abhängen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben findet mannigfache Verwendung. Das Gesetz selbst verweist wiederholt auf ihn und bietet somit dem Richter selbst Gelegenheit zu rechtschöpferischer Tätigkeit. Der Begriff von Treu und Glauben, der schon dem römischen Recht unter der Bezeichnung aequitas und bona fides geläufig war, ist schwer definierbar, da er unter eine einheitliche Formel kaum zu bringen ist.

---

[2]) Enneccerus I, 1 S. 591.

In der Tat ist auch in der Rechtswissenschaft viel über ihn geschrieben worden, was sich im einzelnen wiederum erheblich voneinander unterscheidet. Folgende Autoren sollen statt aller anderen zu Worte kommen[3]):

Nach Crome[4]) sollen Treu und Glauben „die allgemeinen sittlichen Grundlagen des Verkehrs sein, nach denen der Inhalt der Verpflichtung zu bestimmen ist. Entscheidend ist die Auffassung der Allgemeinheit, nicht die subjektive Absicht der Parteien des Schuldverhältnisses. Auf der anderen Seite ist bei der Beurteilung auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen. Diese ist zeitlich und örtlich, ja selbst unter Umständen nach Art des Personenkreises, dem Gläubiger und Schuldner angehören, eine verschiedene. Übrigens ist die Verkehrssitte nicht selbständige Beurteilungsform, sondern nur adminikulierend bei der Beurteilung nach Treu und Glauben heranzuziehen".

Dernburg[5]) meint: „Nichts anderes will das Gesetz, als daß der Richter zur Richtschnur nehmen soll, was bei dem Schuldverhältnis nach den Zwecken des Geschäfts und der Sitte anständig und gerecht denkender Menschen von dem anderen Teile erwartet werden dürfte. Damit wird den im Leben herrschenden Anschauungen und der guten Verkehrssitte ein weitreichender Einfluß auf die Gestaltung der Schuldverhältnisse eröffnet, ohne das Recht seinen notwendigen Aufgaben zu entfremden."

Bei Oertmann[6]) heißt es: „Jedenfalls ist der Begriff (Treu und Glauben) ein rein objektiver, von den subjektiven Momenten des guten und bösen Glaubens durchaus zu scheiden. Eine entsprechende innere Absicht ist zur Beobachtung der Vorschrift des § 242 weder erforderlich noch ausreichend.

Die Rücksicht auf die Verkehrssitte wird nicht als zweiter gleichberechtigter Grundsatz, gewissermaßen zur Auswahl, neben Treu und Glauben aufgestellt. Sie soll vielmehr nur bei Feststellung des im Einzelfall nach Treu und Glauben Erforderlichen vornehmlich berücksichtigt werden (siehe Prot. S. 625)."

Bei Staudinger[7]) findet man folgende Ansicht vertreten: „Treu und Glauben bedeuten mehr als den Hinweis auf den wirklichen Willen oder Sinn einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vorschrift im Gegensatze zu einer rein buchstäblichen (grammatischen, sophistischen) Auslegung (§ 133). Auch der geäußerte und festgestellte Wille der

[3]) Zitiert nach Kruhöffer.
[4]) Crome Bd. II S. 23.
[5]) Dernburg Bd. II S. 24.
[6]) Oertmann, Schuldverhältnisse § 242 Anm. 2, 3.
[7]) Staudinger § 242 Anm. 1.

Partei soll diese nicht zu einem Resultate nötigen, das der Billigkeit widerspricht.

Auf keinen Fall jedoch bedeutet die Verweisung auf Treu und Glauben so viel, daß ein über den Parteien stehendes subjektives Ermessen des Richters den Inhalt der Leistung zu bestimmen hat. Vielmehr soll durch diese Worte eine objektive Norm zur Abwägung und Entscheidung der widerstreitenden subjektiven Deutungen des Inhalts der Leistung gegeben werden.

Treu und Glauben entspricht dem aequum et bonum der römischen Rechtssprache, enthält also insofern in der Tat die Hinweisung auf ein ‚soziales Ideal' (Stammler S. 43)."

Nach Stammler[8]) ist „als Begriff von Treu und Glauben festzuhalten: Treu und Glauben ist die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streites, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angibt".

Aus den vorerwähnten Darstellungen des Begriffs von Treu und Glauben läßt sich als Hauptmerkmal feststellen, daß Treu und Glauben als ein objektiver Maßstab betrachtet werden muß. Nicht das, was dem einzelnen als gerecht und billig erscheinen kann, ist also maßgebend, sondern vielmehr das, was für die Gesamtheit aller gerecht und billig denkenden Menschen in Betracht gezogen werden muß. Da auch heute noch das Geschäftsleben trotz weitgehender Beschränkung durch Organisationen auf der Grundlage des freien Wettbewerbs aufgebaut ist[9]), erscheint die Herbeiziehung eines objektiven Maßstabs um so mehr geboten. Als besondere Richtlinie für die Anwendung des nach Treu und Glauben Gebotenen wird nun aber die Verkehrssitte genannt. Diese gewinnt natürlich nur dann Geltung, sofern sich überhaupt eine solche gebildet hat, oder soweit sie selbst nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Fehlt es an ihr oder steht steht sie im Widerspruch zu Treu und Glauben, so sind diese allein anzuwenden. Ihr Begriff ist also der obere; die Verkehrssitte kann nur subsidiäre Berücksichtigung finden[10]).

Die Fortdauer der Geltung der exceptio doli generalis im heutigen Recht ist trotz teilweisen Widerspruchs überwiegend anerkannt. Die Meinungen, die sich gegen ihre Geltung erhoben haben, stützen sich hauptsächlich darauf, daß die Bestimmungen des BGB. so ausschließlich und vollzählig seien, daß eine exceptio doli generalis, wie sie im römischen und gemeinen Recht galt, keine Anwendung mehr finden könnte. Gestützt wird diese Ansicht durch die Protokolle I S. 239.

---

[8]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 40.
[9]) Vgl. Steinbach S. 54 ff.
[10]) Kruhöffer S. 66.

Demgegenüber hat sich der überwiegende Teil der Literatur, sowie die Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, daß auch heute der Einrede der allgemeinen Arglist, wenn auch in beschränkterem Umfange, Bedeutung zukomme. Die Bestimmungen des BGB. in den §§ 133, 157, 242, 826 sind als die gesetzlichen Grundlagen für die Arglisteinrede anzusehen. In diesen Bestimmungen hat das Gesetz keine ausschließliche Regelung treffen wollen. Auch neben den im BGB. aufgezählten Fällen gibt es noch andere Fälle des dolus. Crome[11]) sagt daher, daß die Möglichkeit der Berufung auf die Arglist in diesen letzteren Fällen nur dann geleugnet werden könnte, wenn die Voraussetzung zutreffe, „daß das Gesetz in den von ihm gegebenen Bestimmungen den dolus abschließend habe regeln, andere Mittel dawider nicht habe zulassen wollen. Sicherlich ist aber ein solches argumentum e contrario hier unberechtigter als irgendwo ... Wenn z. B. die Vorschriften der §§ 157, 242 nicht passen, wie etwa in außerkontraktlichen Verhältnissen auf gewisse vom Gläubiger getroffene Maßnahmen, und weder Schikane vorliegt, noch der Fall von irgendeiner der anderen vorgenannten Spezialbestimmungen getroffen wird, wo irgend im Rechtssystem wird dann die analoge Ausdehnung begründeter sein als hier? ... Viel eher wird auf Grund dieser analogen Ausdehnung (z. B. der Vorschriften vom Annahmeverzug und dgl.) ein Gegenrecht für den Verpflichteten entstehen, welches den Gläubigeranspruch hemmt; die wahre exceptio doli, die wir auch im heutigen Recht nicht entbehren können".

In ähnlicher Weise äußerst sich Rehbein[12]) zu dieser Frage. Auch er hält den Grundsatz des § 242 BGB. für die gesetzliche Grundlage der gemeinrechtlichen, auch im preußischen Recht anerkannten exceptio doli generalis. Die in den §§ 133, 157, 226, 242, 826 BGB. zum Ausdruck kommenden allgemeinen Prinzipien lassen nach Staudinger[13]) eine Anwendung der exceptio doli generalis, auch im Geiste des BGB. innerhalb gewisser Schranken als gerechtfertigt erscheinen. Die im Schrifttum für die Geltung der Arglisteinrede geäußerten Ansichten sind überaus zahlreich. Besonderer Erwähnung bedürfen die Ausführungen bei Wendt[14]).

Ihre weitere Mitteilung gehört aber nicht hierher. Es sei nur noch auf die Zusammenstellungen der verschiedenen Meinungen bei Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse S. 45–87, Weyl, System der Verschuldungsbegriffe im BGB. S. 465,

---

[11]) Crome Bd. I S. 186 ff.
[12]) Rehbein, Recht der Schuldverhältnisse Bd. II S. 13.
[13]) Staudinger § 123 Anm. VIII.
[14]) Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht, ArchZivPr. Bd. 100 S. 1 ff.

Schuhmacher, Die exceptio doli generalis nach BGB. S. 18, und Kruhöffer a. a. O. S. 29ff. verwiesen.

Die Rechtsprechung hat sich allgemein der Anwendung der Arglisteinrede bedient. Die Entscheidungen, die auf ihr fußen, sind überaus zahlreich (vgl. RGZ. 58 S. 428, 70 S. 195, 71 S. 435, 75 S. 342 usw.).

§ 3.

Zweck und Arten der Formvorschriften.

Im Rechtsleben kommt der Form eines Rechtsgeschäfts besondere Bedeutung zu. Was ist nun überhaupt unter der Form eines Rechtsgeschäfts zu verstehen? Dazu bedarf es des Hinweises auf den Begriff des Rechtsgeschäfts überhaupt. Unter diesem versteht man nämlich eine auf einen Rechtserfolg gerichtete Privatwillenserklärung. Erforderlich ist also für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts der Wille des Handelnden, der sich in irgendeiner Weise äußern muß. Um nun Mißdeutungen oder Unklarheiten der Willensäußerung vorzubeugen, hat das Rechtsleben — schon der frühesten Zeiten — Formen geschaffen, in denen der Wille des rechtsverbindlich Handelnden zu besonders klarer und eindeutiger Äußerung gebracht werden muß. Danach ist die Form also eine für die Außenwelt besonders klar erkennbare Willensäußerung[15]).

Nun können diese Formen mannigfache Zwecke verfolgen. Der bedeutsamste Zweck ist wohl, den sich Verpflichtenden vor Übereilung zu schützen. Es kann nicht gesagt werden, daß dieser Zweck selbst für einen erfahrenen und besonnenen Menschen ganz überflüssig sein wird. Zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gehört es nicht, daß der sich Verpflichtende mit Überlegung gehandelt hat. Es ist nur erforderlich, daß die Partei, sofern sie nicht lediglich aus der Eingehung des Rechtsgeschäfts einen rechtlichen Vorteil erlangt, das Vermögen besitzt, mit Überlegung zu handeln[16]). So ist es nach bürgerlichem Recht unzulässig, daß der beschränkt Geschäftsfähige ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eine Verpflichtung oder Belastung übernehmen kann (§§ 106ff. BGB.). Der Grund ist einleuchtend: den beschränkt Geschäftsfähigen wird im allgemeinen noch das Vermögen fehlen, die Tragweite eines von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfts zu übersehen. Freilich, auch bei einem voll Geschäftsfähigen besteht keinerlei Gewähr,

---

[15]) Rotmann S. 10.
[16]) Ebbecke S. 633.

daß er mit Überlegung handeln wird, selbst wenn er das geistige Vermögen dafür besitzt. Das Gesetz versucht hier nun durch Aufstellung der Formvorschriften die sich Verpflichtenden zur Überlegung zu zwingen. Denn jedermann wird durch das Bestehen einer Formvorschrift darauf hingewiesen, daß es sich um ein Geschäft handelt, bei dem mit Vorsicht zu Werke gegangen werden soll. Natürlich kann das Gesetz nur bei besonders wichtigen und schwerwiegenden Geschäften eine Vorschrift über Innehaltung einer Form geben. Würde die Beobachtung einer solchen schon bei geringfügigen Anlässen geboten sein, so müßte sich die Wirkung der Formvorschrift bald abschwächen. Dazu kommt, daß jede Formvorschrift eine Fessel des geschäftlichen Verkehrs bedeutet, sowie Sitte und Anstand insofern ein Hindernis bilden, als der formelle Abschluß eines Rechtsgeschäfts häufig als Mißtrauen der anderen Partei gegenüber ausgelegt werden würde; und schließlich können Formvorschriften für die Parteien gefährlich sein, da die Beobachtung der richtigen Form oftmals Kenntnis und Geschick bei ihrer Anwendung voraussetzt, bei Formfehlern das Rechtsgeschäft aber ungültig sein würde[17]).

Weiterhin ist die Innehaltung einer Form im Interesse der Öffentlichkeit geschaffen. Es gibt eine Anzahl von Formvorschriften, die der Erkennbarkeit und der Beweissicherung von Rechtsgeschäften dienen. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, daß ein Rechtsgeschäft einen für jedermann erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Besonders bemerkenswert sind hierfür die Geschäfte des Grundstückverkehrs und des Realkredits. Hier ist meist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben. Dann dient die Form zugleich auch dem Interesse der Parteien, indem diese vor übereilter Eingehung eines Geschäfts dieser Art bewahrt werden sollen[18]).

Die Arten der Formvorschriften sind nun vom Gesetz mannigfach gestaltet. Ihre Erfüllbarkeit ist dem sich Verpflichtenden in manchen Fällen leicht, in anderen wieder schwer gemacht. Dies richtet sich nach der Bedeutung des betreffenden Rechtsgeschäfts. Von den wichtigsten Formvorschriften ist die Schriftform noch die am leichtesten zu erfüllende Art. Aber auch hier gibt es verschiedene Arten des schriftlichen Zwanges: bei einigen Rechtsgeschäften muß eine Urkunde handschriftlich ausgestellt werden; Schreibmaschinen- oder stenographische Schriftzeichen genügen nicht. Bei anderen Rechtsgeschäften genügt es, wenn die Urkunde von dem sich Verpflichtenden nur unterschrieben ist. Weiterhin bedarf es mitunter nicht der eigenhändigen Unterschrift des

[17]) Lobe S. 8, 9.
[18]) Ebbecke S. 635.

Ausstellers selbst, sondern es genügt die Unterschrift seines Vertreters. Wiederum gibt es Unterschiede, wenn bei einem Vertrag nur eine Urkunde oder mehrere gleichlautende Urkunden ausgestellt sind. Ist nämlich nur eine Urkunde vorhanden, so ist es natürlich, daß die sich Verpflichtenden auf dieser Urkunde unterschreiben müssen. Sind hingegen mehrere gleichlautende Urkunden ausgestellt, so genügt es nach dem Gesetz, wenn jede der vertragschließenden Parteien die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet. Für Handzeichen, für Faksimileunterzeichnung gibt es weiterhin noch andere Bestimmungen.

Eine andere Hauptart der Formvorschriften ist die öffentliche Beglaubigung. Darunter versteht man einen von einer Behörde oder öffentlichen Urkundsperson vollzogenen Vermerk, daß eine Unterschrift von dem Unterzeichner persönlich herrührt. Bemerkenswert im Unterschied von der öffentlichen Beurkundung an ihr ist, daß sie sich nur auf die Unterschrift, während letztere, wie sogleich gezeigt werden wird, sich auf die gesamte Urkunde, nämlich den Inhalt ihrer Erklärung nebst Unterschrift, bezieht. Die Unterschrift muß also, damit die gesetzliche Formvorschrift ihren Zweck erreicht, vor dem beglaubigenden Beamten vollzogen werden oder anerkannt werden; dieser darf also die Beglaubigung bzw. die Anerkennung einer schon vorher gefertigten Unterschrift dann nicht vornehmen, wenn ihm die Unterschrift des Unterzeichneten bloß bekannt sein sollte. Für den Beglaubigungsvermerk ist ein besonderer Inhalt nicht vorgeschrieben[19]).

Die dritte Gruppe der Formvorschriften betrifft die öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäfts. Über den gesamten Vorgang wird ein Protokoll von der Urkundsperson aufgenommen, das dann von den beteiligten Parteien sowie der Urkundsperson unterschrieben wird. In der Regel werden also beide Parteien (natürlich nur, sofern es sich um einen Vertrag handelt!) gleichzeitig anwesend sein, doch ist dies kein Erfordernis für die Gültigkeit dieser Formvorschrift, die sich aus den §§ 128, 152 BGB. ergibt. Die öffentliche Beurkundung kann vor dem Gericht oder einem Notar erfolgen. Ein Unterschied in der Zuständigkeit besteht nicht. Häufig ist allerdings noch vorgeschrieben, daß mehrere unbeteiligte Dritte als Zeugen mitwirken müssen.

Die hier in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angeführten Formvorschriften haben untereinander keinen gleichen Rang. Schriftform, öffentliche Beglaubigung und öffentliche Beurkundung können nur in der Weise füreinander gesetzt werden, daß die schwerere Form statt der leichteren vorgenommen wird; also kann statt der Schriftform oder

---

[19]) Loewe S. 73.

der öffentlichen Beglaubigung die öffentliche Beurkundung, oder statt der Schriftform die öffentliche Beglaubigung gewählt werden. Nie aber darf das Umgekehrte geschehen, wie aus den §§ 126, 129 BGB. folgt.

§ 4.

Wann ist die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber Formvorschriften anwendbar?

Ist nun im Gesetz die Aufstellung der Formvorschriften eine im Interesse der Parteien oder im öffentlichen Interesse geschaffene Maßnahme, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, so erhebt sich die Frage, ob es gegenüber der Geltendmachung des infolge Formfehlers nichtigen Rechtsgeschäfts überhaupt noch einen Rechtsbehelf gibt. Diese Frage leitet zum eigentlichen Gegenstand dieser Ausführungen hin. Es scheint nämlich am naheliegendsten die Geltendmachung der Arglisteinrede, die der Geltendmachung der Formnichtigkeit gegenübergestellt werden könnte. Die Sachlage würde also die sein: Es beruft sich jemand auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, weil es ohne Innehaltung der gesetzlichen Form geschlossen ist. Der Gegner wendet ein, zwar sei es richtig, daß ein Formfehler vorliege, der andere Teil handle jedoch arglistig, wenn er sich auf ihn berufe. Dringt nun der Gegner mit seiner Arglisteinrede durch?

Diese Frage wird im allgemeinen zu verneinen sein. Der Grund ist, daß eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über Innehaltung der Form abzulehnen ist. Denn wollte man der Arglisteinrede hier Erfolg gewähren, so würde einem Rechtsgeschäft, das mangels gesetzlicher Form an sich nichtig ist, im praktischen Ergebnis Wirksamkeit zukommen. Dem klaren Willen des Gesetzes in diesem Falle entgegenzuhandeln, kommt einer Rechtsbeugung gleich. In der Tat haben sich Literatur und Rechtsprechung für den Regelfall auch auf den Standpunkt gestellt, daß durch eine Einrede der Arglist und die Berufung auf Treu und Glauben die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formmangels im allgemeinen nicht beseitigt werden kann. Überhaupt stelle die Berufung auf eine gesetzliche Vorschrift im allgemeinen keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar, da sonst diese Vorschriften in ihrer praktischen Bedeutung illusorisch gemacht würden[20]). Von der Rechtsprechung des Reichsgerichts seien die Ent-

[20]) Staudinger § 125 Anm. 8.

scheidungen Bd. 52 S. 5, Bd. 70 S. 20, Bd. 72 S. 343, Bd. 82 S. 304, Bd. 96 S. 315 hier genannt.

An diesem Grundsatz ist im allgemeinen festzuhalten. Jedoch sind Ausnahmen denkbar und auch tatsächlich vorgekommen, wo die Anwendung dieses Grundsatzes zur Unbilligkeit führen würde. Wiederholt hatte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit derartigen Fällen zu befassen. Man hat eine Anzahl von Bedingungen für das Platzgreifen der exceptio doli generalis aufgestellt. Allerdings sind diese nicht immer einheitlich gestaltet und befolgt worden. Die Stellung der Literatur zu diesen Fällen war äußerst zurückhaltend. Einerseits blieb Widerspruch nicht aus, andererseits wurden aber die vom Reichsgericht aufgestellten Bedingungen aufgegriffen und weiter ausgebaut.

Den Anlaß bot — wohl erstmalig — eine Entscheidung des Reichsgerichts III. ZivSen. vom 15. 11. 1907 (Seuff Arch. Bd. 63 S. 349 ff., GruchBeitr. Bd. 52 S. 1044 ff., SeuffBl. Bd. 73 S. 581). Hier handelte es sich um folgenden Tatbestand.

Der Beklagte hatte sich darauf berufen, daß gewisse Bestimmungen des Mietvertrages, nach denen ihm geschäftliche Beschränkungen auferlegt wurden, durch mündliche Vereinbarung mit dem klagenden Vermieter für den Fall außer Kraft treten sollten, wenn eine Kündigung des Mietverhältnisses durch den Kläger erfolge. Demgegenüber machte der Kläger geltend, daß bloße mündliche Aufhebung nach § 566 BGB. formungültig gewesen wäre.

In den Gründen heißt es: „Die Wirkung des Formmangels wird hier jedenfalls dadurch beseitigt, daß der Kläger nach der unter Beweis gestellten Behauptung des Beklagten selbst die Schuld daran trägt, daß die Form nicht beobachtet worden ist. Zwar muß auch nach dem Recht des BGB. gelten, was schon für das gemeine deutsche und preußische Recht anerkannt war, daß die sogenannte exceptio doli generalis nicht dazu gemißbraucht werden darf, die Formvorschriften der Gesetze als etwas wider Treu und Glauben gehendes zu beseitigen. Deshalb kann in dem bloßen Hinweis einer Partei darauf, daß die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gesetzlich erforderliche Form nicht beobachtet worden sei, niemals eine Arglist gefunden werden (Entsch. des RG. Bd. 17 S. 403). Aber darum allein handelt es sich im vorliegenden Fall nicht. Der Beklagte macht vielmehr geltend, er sei bereit gewesen, die Abänderung schriftlich abzufassen, der Kläger habe dies aber für unnötig erklärt. Läßt sich hiernach auch — immer vorausgesetzt, daß das tatsächliche Vorbringen des Beklagten erwiesen war — nicht ohne weiteres behaupten, daß der Kläger damals absichtlich die schriftliche Abfassung der Änderung verhindert habe, um sich später gegebenenfalls auf den Mangel der Schriftform berufen zu

können, so handelt er doch jedenfalls jetzt wider Treu und Glauben, wenn er aus seinem eigenen damaligen Verschulden, das allein die Ursache ist, weshalb die Änderung nicht schriftlich abgefaßt worden ist, zum Nachteil des Beklagten für sich einen Vorteil herleiten will. Mindestens dieses jetzige Verhalten des Klägers begründet daher die Einrede der Arglist."

Das Reichsgericht hat also hier die Auffassung vertreten, daß eine Arglisteinrede dann Platz greifen könne, wenn sich eine Partei nachträglich auf einen Formmangel zu ihren Gunsten beruft, wenn sie vorher die Innehaltung der Form verhindert hatte. Voraussetzung dabei ist nach dieser Entscheidung, daß die Partei, die den Formmangel geltend macht, allein einen formgültigen Abschluß verhinderte, nicht darf demnach die Mitwirkung der anderen Partei hinzutreten. Dagegen wird es nicht für erforderlich erachtet, daß schon bei Abschluß des Vertrages eine Absicht bestand, sich später gegebenenfalls auf den Formmangel zu berufen.

Mit dieser Entscheidung hat sich erstmalig Hoeniger[21]) beschäftigt. Er glaubt aus den Ausführungen des Reichsgerichts schließen zu müssen, daß bloßes Verschulden dessen, der die Formnichtigkeit herbeigeführt hat, nicht genüge, sondern daß auf seiner Seite der volle Tatbestand des § 826 BGB. oder jedes anderen zivilrechtlichen Delikts, beispielsweise auch § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. vorliegen müsse. Hoeniger glaubt deshalb den vom Reichsgericht vertretenen Grundsatz genauer, wie folgt, fassen zu müssen: „Wer durch unerlaubte Handlung die Formungültigkeit eines Geschäfts herbeigeführt hat, muß das Geschäft trotz der Formnichtigkeit seinem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen." Diese Auffassung findet u. E. in den Entscheidungsgründen des Reichsgerichts keinen Anhalt. Vielmehr wollte das Reichsgericht gerade auch dann eine Arglisteinrede gewähren, wenn bei Eingehung des formnichtigen Rechtsgeschäfts die schuldige Partei noch gar nicht daran dachte, aus der Formnichtigkeit irgendwelche Vorteile für sich herzuleiten. Es ist nicht einzusehen, worin das deliktische Verhalten der sich auf den Formmangel berufenden Partei bestehen soll. Wenn das Reichsgericht ausdrücklich erklärt hat, daß eine Absicht, den Formfehler geltend zu machen, noch gar nicht bei Eingehung des Vertrages bestanden zu haben braucht, so wollte es doch gerade betonen, daß das Vorliegen einer unerlaubten Handlung nicht erforderlich ist. Es wäre ja dann auch überflüssig, die Einrede der Arglist für begründet zu erachten, da es ja lediglich auf die zivilrechtlichen Deliktstatbestände ankommen würde. Im Ver-

[21]) Hoeniger, ZNotV. 1909 S. 673 ff.

lauf seiner Ausführung verlangt Hoeniger auch das Vorliegen eines deliktischen Tatbestandes und stellt den Grundsatz auf: „Gegen denjenigen, der durch Delikt die Formungültigkeit eines Rechtsgeschäfts herbeigeführt hat, muß der Inhalt dieses Geschäfts irgendwie zu Bestand gebracht werden."

Noch weit enger ist die Ansicht Reichels[22]) gehalten. Er will der Arglisteinrede nur dann Erfolg gewähren, wenn der Gegner in einer gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßenden Weise den anderen Teil zum Abschluß eines formnichtigen Rechtsgeschäfts durch die vorsätzliche Erregung oder Unterhaltung des Irrtums, das Geschäft sei gültig (formgerecht), bestimmt hat. Reichel verlangt also, daß auf seiten dessen, der sich auf die Arglist des Gegners beruft, ein Irrtum über die Formvorschrift vorliegen müsse. Diesen Irrtum muß bei Einlegung des Rechtsgeschäfts der andere Teil entweder vorsätzlich erregt oder doch arglistig unterhalten haben, zum mindesten muß er jedoch um ihn gewußt haben. Jedoch genügt nach seiner Ansicht ein fahrlässiges Nichtwissen nicht. Die Folgerungen, die Reichel aus der Beachtlichkeit der Einrede zieht, sind freilich andere als sie vom Reichsgericht gezogen werden. Darüber soll noch an anderer Stelle gesprochen werden.

Zu den Gegnern der reichsgerichtlichen Auffassung gehört auch Planck[23]). Nach seiner Meinung kann der, wer einen formwidrigen und daher nichtigen Vertrag abschließt, gegen die Geltendmachung der Nichtigkeit nicht mit Erfolg einwenden, der Gegner habe selbst den formgültigen Abschluß des Vertrages verhindert. Es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er Nichtigkeit geltend mache, die er selbst durch Mitwirkung zu einem formgültigen Vertragsabschlusse beheben könne. Der Vertragsgegner, der sich auf die Nichtigkeit berufe, mache lediglich von seinem Rechte Gebrauch, verstoße daher weder gegen Treu und Glauben, noch auch an sich schon gegen die guten Sitten. Nur wenn sein sonstiges Verhalten gegen § 826 oder 823 Abs. 2, z. B. in Verbindung mit § 263 StGB. verstoße, könne sich eine andere Beurteilung ergeben. Die teilweise abweichende Entscheidung des Reichsgerichts in Warn. 1908 Nr. 38, Gruch. Bd. 52 S. 1044, SeuffArch. Bd. 63 S. 349 sei begründetem Widerspruch in der Literatur begegnet. Wer in einer gegen die guten Sitten oder gegen ein Schutzgesetz verstoßenden Weise den anderen zur Vornahme eines formnichtigen Rechtsgeschäfts bestimme, indem er ihn z. B. über die Wirksamkeit eines Geschäfts in einen Irrtum versetze, einen solchen Irrtum unterhalte

---

[22]) ArchZivPr. Bd. 104 S. 1 ff.
[23]) Planck § 125 Anm. 3.

oder ausnütze, hafte gemäß §§ 826, 823 BGB. auf Ersatz des Schadens, und zwar des Vertrauensschadens.

Mit den Vorgenanten ist auch Oertmann[24]) zu erwähnen. Es ist nach ihm im Falle der beabsichtigten Täuschung des Gegners in dieser allerdings eine vorsätzliche und moralwidrige Schädigung desselben zu erblicken. Diese trete aber sofort ein, nicht erst durch die nachherige Berufung auf den Formmangel im Prozeß. Denn durch diese werde der Gegenpartei nichts, was sie bisher hatte, genommen, sondern nur die an sich einwandfreie Folgerung aus der Unverbindlichkeit des formungültigen Vertrages gezogen. Es dürfte aber entgegen dieser Auffassung ein Unterschied zu machen sein zwischen dem Fall, wo die Täuschung bei Vertragsabschluß zu dem Zwecke geschehen ist, um sich später auf den Formmangel zu stützen, und den anderen Fall, wo eine solche Absicht nicht von vornherein vorlag, dem Gegner vielmehr darum zu tun war, überhaupt einen Vertrag — wenigstens nach außen hin — zum Abschluß zu bringen. Daß in dem von Oertmann erwähnten Fall der Arglisteinrede in irgendeiner Weise Erfolg zu gewähren ist, wird allgemein anerkannt. Hierbei fragt es sich freilich, ob nicht vielmehr eine exceptio doli specialis und nicht die exceptio doli generalis vorliegt.

Anders liegt der von Oertmann (a. a. O.) erwähnte Fall, wo eine Täuschung überhaupt nicht stattgefunden hat, die Parteien sich vielmehr darüber einig waren — vielleicht durch Überredung des einen Teils —, von der zwar gesetzlich notwendigen Form abzusehen. Hier ist der Gegner in vollem Bewußtsein damit einverstanden, unter Verzicht auf die rechtlichen Garantien der Erfüllung ein Geschäft abzuschließen. Er begnügt sich mit dem Vertrauen darauf, daß der Akt im Sinne der gesellschaftlichen Anschauungen wirksam zustande gekommen sei oder zustande kommen werde. Verweigert hernach der andere Teil die Erfüllung, so ist von Rechts wegen nichts dagegen zu machen. Denn da es sich hier um die Nichterfüllung oder Erfüllungsweigerung bloß gesellschaftlich übernommener Pflichten handelt, liegt weder eine Rechts-, noch auch eine an sich rechtlich zu ahndende Moralwidrigkeit vor. „Der Weigernde tut nur das, was die Rechtsordnung dem nur gesellschaftlich Verpflichteten durch Versagung des Rechtszwanges gegen ihn in aller Form zugebilligt hat." Oertmann (a. a. O.) will einen zwingenden Beweis hierfür auch aus § 814 BGB. entnehmen; diese Vorschrift wäre seiner Meinung nach ganz überflüssig, wenn die Nichtleistung des kraft der guten Sitte Geschuldeten etwas rechtlich Vorwurfsvolles enthielte.

---

[24]) Oertmann, Recht 1914 S. 8ff.

Oertmann pflichtet also Hoeniger und Josef[25]) bei und gelangt zu dem Ergebnis, daß die bloße Berufung auf Formnichtigkeit nie auch nur den Teiltatbestand einer unerlaubten Handlung im Rechtssinne darstellen, eine solche vielmehr einzig und allein im vorwurfsvollen Benehmen gerade beim Geschäftsabschluß gefunden werden könne. Die gegenteilige Ansicht des Reichsgerichts führe auch nach seiner Meinung schließlich dahin, „daß die Gültigkeit einer Privatvereinbarung durch die eine zwingende Formvorschrift außer Kraft gesetzt ist, auf dem Umwege der exceptio doli" anerkannt wird.

Neuerdings scheint aber auch Oertmann seinen Standpunkt geändert zu haben und einer erweiterten Anwendung der exceptio doli generalis nicht so sehr ablehnend gegenüberzustehen. In seinem Kommentar zum BGB.[26]) heißt es: „Am bedenklichsten ist die Anwendung der Arglisteinrede, wenn dadurch die Folgen einer aus formellen (§ 125!) oder materiellen (§ 138!) Gründen entspringenden Geschäftsnichtigkeit beseitigt werden sollen. Zuzugeben ist allerdings, daß die Frage nach dem Bedürfnis für ein derartiges Schutzmittel sich heute noch nicht endgültig erledigen läßt, daß das vorwärtsschreitende Rechtsleben ... leicht Verhältnisse zeitigen kann, die durch die Sonderbestimmungen des BGB. zum Schutze von Treu und Glauben nicht genügend gedeckt werden. Auch läßt sich nicht behaupten, daß diese Sonderbestimmungen bei Annahme einer exceptio doli überflüssig wären — sie gehen, soweit sie reichen, über eine bloße Einrede inhaltlich durchweg hinaus. So ist über die Streitfrage das letzte Wort noch nicht gesprochen."

Abgesehen also von dem Falle, wo die eine Partei den Abschluß eines formnichtigen Rechtsgeschäfts unter Täuschung der anderen Partei in der Absicht herbeiführt, sich später auf den Formmangel zu berufen, verdient der Fall, wo eine solche Absicht von Anfang an nicht vorlag, besonderer Berücksichtigung. Arglistig muß auch das Verhalten desjenigen sein, der durch die gegenwärtige Geltendmachung der Nichtigkeit sich mit seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzt und dadurch gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und gegen die guten Sitten verstößt[27]). Insbesondere ist es als ein die Arglisteinrede begründender Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen, wenn der eine Vertragsteil — wenn auch ohne böse Absicht — den anderen Teil durch sein Verhalten in den Irrtum versetzt oder in ihm den Irrtum erhalten hat, daß der formlos oder formwidrig geschlossene Vertrag gültig sei, und dann trotzdem sich auf die Nichtigkeit beruft.

[25]) Josef, ArchBürgR. Bd. 36 S. 60 ff.
[26]) Vorbemerkung B 3 b zu §§ 194 ff.
[27]) Kommentar der Reichsgerichtsräte § 125 Anm. 1.

Mit solchen Fällen hatte sich das Reichsgericht wiederholt zu beschäftigen. Im folgenden soll deshalb des Näheren darauf eingegangen werden.

Zunächst sei hier nochmals auf die oben erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. 11. 1907 (SeuffArch. Bd. 63 S. 349 ff.) hingewiesen. In dieser wird die Arglist darin erblickt, daß der Kläger, der ursprünglich die formlose Abfassung des Vertrages erwirkte, nunmehr zum Nachteil des Beklagten sich auf die Formlosigkeit beruft. „Mindestens dieses jetzige Verhalten des Klägers begründet daher die Einrede der Arglist." Das Reichsgericht hat sich hier über die Einwirkung des Klägers auf die Stellung des Beklagten zum Erfordernis der Form nicht näher geäußert. Es heißt nur, daß der Beklagte „bereit gewesen sei, die Abänderung schriftlich abzufassen; der Kläger habe dies aber für unnötig erklärt". Insbesondere fehlt es in den Gründen an einer Hervorhebung des Umstandes, daß auf seiten des Beklagten ein I r r t u m über das Formerfordernis vorgelegen habe und daß dieser Irrtum durch das Verhalten des Klägers verschuldet sei. Zur Wirksamkeit der Arglisteneinrede müssen aber diese Voraussetzungen vorhanden sein. Es wäre sonst unverständlich, wieso das Verhalten des Klägers bei Vertragsabschluß mit seinem späteren Verhalten in Widerspruch stehen würde. Waren nämlich beide Parteien bei Vertragsabschluß sich einig, die Form nicht zu beachten, wiewohl sie sie für rechtlich erforderlich hielten, so mußte sich auch der Beklagte sagen, daß der Kläger die Nichtigkeit später mit vollem Recht geltend machen könne. Der Beklagte mußte also in Betracht ziehen, daß der Vertragsabschluß in rechtlich unzulässiger Weise zustande gekommen sei. Dann liegt aber kein Anlaß vor, ihn davor zu schützen, daß der Kläger die ihm rechtlich zustehenden Möglichkeiten zu seinen Gunsten später ausnützt. Ein Widerspruch im Verhalten des Klägers ist somit — vom Standpunkt des Beklagten aus gesehen — nicht mehr vorhanden. Demgemäß entfällt auch das Vorliegen einer Arglist.

In zwei weiteren Entscheidungen im 82. und 96. Bd. hat das Reichsgericht zur Frage, ob die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber Formvorschriften zulässig sei, wiederum einen zum Teil einschränkenden Standpunkt vertreten. In Bd. 82 S. 299 ff. wird vom VI. Senat eine derartige Berufung grundsätzlich abgelehnt. Weiterhin wird allerdings gesagt, daß die Sache dann anders liegen könne, „wenn eine Partei lediglich, um den Vertragsgegner in Sicherheit zu wiegen und über ihre wirkliche Absicht zu täuschen, einen der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehrenden Vertrag, auf dessen Erfüllung, wie sie weiß, der Vertragsgegner vertraut, von vornherein mit dem Hintergedanken eingegangen ist, diesen keinesfalls zu erfüllen, sich vielmehr

demnächst auf die mangelnde Form zu berufen, und wenn sie gar zu diesem Zwecke den Vertragsgegner von dem Abschluß eines formgerechten Vertrags abgehalten hat". Es handelt sich also um den bereits früher erwähnten Fall, wo die Absicht des Gegners, aus einer arglistig herbeigeführten Formnichtigkeit später Vorteile zu ziehen, bereits von vornherein bei Abschluß des Vertrages vorhanden war. Man wird diesen Fall wohl nicht als eine echte exceptio doli generalis betrachten können, da die Anwendung des § 826 BGB. hier, wie auch das Reichsgericht sagt, erforderlich und ausreichend wäre.

Ähnlich verhält es sich in RGZ. Bd. 96 S. 313ff. Hier handelt es sich um eine Verletzung von § 125 BGB. und § 59 Nr. 7 der Landgemeindeordnung für die Provinz Hessen-Nassau vom 4. 8. 1897 zur Wahrung der Form des § 566 BGB. Der III. Zivilsenat des Reichsgerichts führt hier aus, daß eine Arglist nur dann zu bejahen sei, wenn ein gegen die §§ 823, 826 BGB. oder die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßendes Verhalten vorliege. Ein solches wäre z. B. gegeben, wenn eine Partei die Abfassung des formgerechten Vertrages in der Absicht verhindere, sich später auf den Formmangel berufen zu können oder wenn sie beim Vertragsschlusse die Form für unnötig erkläre und sich später trotzdem auf den Formmangel berufe. Dieser zweite als Beispiel erwähnte Fall liegt nun in der gleichen Richtung, wie der in SeuffArch. Bd. 63 S. 349ff. Auch hier wird offenbar vorausgesetzt, daß eine Absicht, sich später auf den Formmangel zu berufen, nicht vorgelegen habe, sondern erst nachträglich hinzugekommen sei. Gleichwohl wird die Arglist im Verhalten des Gegners bejaht und gegenüber der Formnichtigkeit zur wirksamen Geltung gebracht. Bedeutsam ist an dieser Entscheidung des weiteren, daß das Reichsgericht zum Ausdruck bringt, eine Irrtumserweckung über die Notwendigkeit der Form müßte bereits bei Abschluß des Vertrages vorgelegen haben. Das Reichsgericht sagt nämlich: „Nicht aber ist die Einrede der Arglist schon dann gerechtfertigt, wenn die Partei die Formwahrung fahrlässig unterläßt, obwohl ihr der Forminhalt und die Formnotwendigkeit bekannt sein mußte, und wenn sie erst lange Zeit nach dem Vertragsschluß im späteren Prozesse den Formmangel geltend macht. Hier fehlt die Einwirkung auf den Irrtum des Gegners über die Notwendigkeit der Form."

Von grundlegender Bedeutung ist die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 107 S. 357ff. (Urt. d. V. Senats vom 28. 11. 1923).

Hier wurde zum ersten Male eine ausführliche Darstellung der tatsächlichen Voraussetzungen gegeben. Danach ist erforderlich, daß gegenüber der Bereitwilligkeit einer Partei, die vorgeschriebene Form zu erfüllen, die andere Partei erklärt hat, dies sei unnötig und jene

dadurch in den Irrtum versetzt hat, die Form sei zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich; ferner daß ein gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßendes Verhalten vorliege, wenn diese Partei aus ihrem eigenen damaligen Verhalten, das allein die Ursache für die Nichterfüllung der Form gewesen ist, jetzt zum Nachteil der anderen einen Vorteil für sich herleiten will. Selbst dann würde ein mit den Grundsätzen von Treu und Glauben in Widerspruch stehendes Verhalten gegeben sein, wenn die Absicht, sich auf den Formmangel zu berufen, um den Vertrag nicht zu erfüllen, nicht von vornherein bestand. Andererseits hindert eine Partei an der Geltendmachung des Formmangels nicht die bloße Anregung, die Form nicht zu beobachten, welche von ihr ausgegangen und auf die die andere Partei eingegangen ist, namentlich auch dann, wenn die Nichtbeobachtung auch im Interesse der letzteren wegen Steuerersparnis und dgl. lag. Vielmehr ist stets notwendige Voraussetzung, daß die andere Partei erst in den Irrtum durch die erstere versetzt worden ist, die Form sei nicht nötig.

Sehr beachtlich sind auch die Ausführungen des Reichsgerichts hinsichtlich der Täuschung über das Formerfordernis. Es wird hier als Leitgedanke die Auffassung vertreten, daß es dem im BGB. und auf allen Rechtsgebieten als maßgebend herrschendem Grundsatze von Treu und Glauben widersprechen würde, „wenn man zuließe, daß eine Partei sich auf eine Nichtigkeit beruft, die sie selbst durch eine — wenn auch nicht gegen besseres Wissen erfolgte, also nicht arglistige — Täuschung der anderen herbeigeführt hat". Zum Vergleich zieht das Reichsgericht die Lehre von der culpa in contrahendo heran: auch schon vor Abschluß eines Vertrages bestünden zwischen den über einen solchen verhandelnden Parteien gewisse auf Treu und Glauben beruhende Sorgfaltspflichten, insbesondere zur Mitteilung und Offenbarung von Umständen, die auf die Entschließung des anderen Teils über den Abschluß und die Gestaltung des Vertrages von Einfluß sein können, und deren Nichterfüllung sowohl beim Zustandekommen des Vertrages, wie auch beim Nichtzustandekommen eines solchen, namentlich einer dadurch verursachten Nichtigkeit, Schadensersatzverpflichtungen erzeuge ... Dieser Rechtsgrundsatz liege einer Anzahl von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zugrunde: namentlich beruhten auf ihm die §§ 179 (Haftung des falsus procurator auf Erfüllung oder Schadensersatz), 307, 309 (Haftung im Falle der Nichtigkeit eines Vertrages wegen Unmöglichkeit der Leistung und wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot), ferner auch § 694 und die Gewährleistungsvorschriften für Mängel der Kaufsache ... Eine Verletzung der hier in Frage kommenden Pflichten liege aber nicht nur dann vor, ... vielmehr genüge dazu jedes nach § 276 zu vertretende schuldhafte Ver-

halten, also Vorsatz und Fahrlässigkeit. Schließlich kommt das Reichsgericht zu der grundlegenden Feststellung, daß die für die Einrede der allgemeinen Arglist erforderliche Arglist darin zu erblicken sei, „daß sich derjenige, dem sie entgegengesetzt wird, durch sein angriffs- oder verteidigungsmäßiges Verhalten im Prozeß mit einem früheren, von ihm zu vertretenden Verhalten in Widerspruch setzt. Eine Arglist in einem früheren Zeitpunkt, namentlich beim Vertragsabschluß, ist dazu nicht erforderlich“[28]).

An diesen Grundsätzen hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Folgezeit im wesentlichen festgehalten. Es seien hier noch die folgenden Entscheidungen erwähnt.

In „Recht“ 1924 Nr. 1443 (Urteil des III. Senats vom 1. 7. 1924) hatten Vermieter und Mieter zur Beilegung von Meinungsverschiedenheiten ein Abkommen getroffen, das im wesentlichen den Abschluß eines neuen, erweiterten Mietsvertrages für einen mehrjährigen Zeitraum darstellt. Später hatte der Vermieter das Abkommen als unwirksam bezeichnet, da die Vorschrift des § 566 BGB. nicht gewahrt sei. Das Reichsgericht prüft die Frage, ob der Kläger das Zustandekommen eines schriftlichen Vertrages, also die Beobachtung der erforderlichen Schriftform, schuldhaft verhindert habe. In den Vorinstanzen hatte tatsächlich nicht festgestellt werden können, daß der Kläger dem Beklagten bestimmt hatte, von der schriftlichen Beurkundung abzustehen, an sie hatte keine der Parteien überhaupt gedacht und es hatten beide der Parteien den Vertrag als fortbestehend betrachtet. Da hiernach von irgendeiner Absicht des Klägers, die Tätigung eines schriftlichen Vertrages zu hintertreiben oder den Beklagten davon abzuhalten, keine Rede sein konnte, verneint das Reichsgericht das Vorliegen eines schuldhaften Verhaltens, das die Einrede der Arglist begründen könnte.

In „Juristischer Rundschau“ 1925 Nr. 674 (Urteil des V. Senats vom 28. 2. 1925) handelt es sich um einen Vertrag, der unter Verletzung der Vorschrift des § 181 BGB. geschlossen und daher nichtig war. Auch hier hatte das Reichsgericht die in Bd. 107 S. 357 ff. aufgestellten Grundsätze in Erwägung gezogen, trotzdem es infolge der

---

[28]) Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Entscheidung RGZ. Bd. 107 S. 181 verwiesen, in der der V. Senat des Reichsgerichts (Urteil vom 14. 11. 1923) „abgesehen von dem Fall, daß jemand die Abfassung eines formgerechten Vertrages verhindert, um sich später darauf berufen zu können“, die Berufung auf Arglist, und zwar auf die sog. allgemeine Arglist, dann zuläßt, „wenn eine Partei, die der anderen gegenüber beim Vertragsschluß die Beobachtung der Form für unnötig erklärt hat, daraus Vorteil ziehen will, daß die andere Partei dieser Erklärung Glauben geschenkt hat“.

Sondervorschriften der §§ 177, 178 BGB. dahingestellt sein ließ, ob unter besonderen Umständen diese Grundsätze auf den hier gegebenen Fall übertragen werden könnten.

Ein besonderer Anwendungsfall der Arglisteinrede findet sich bei Prozessen, die im Anschluß an eine Falschbeurkundung des Grundstückskaufpreises entstanden sind, bei den sog. Schwarzkäufen. Der typische Fall des Schwarzkaufes ist dann gegeben, wenn im notariellen Vertrag über einen Grundstückskauf zwar ein bestimmter Betrag angegeben ist, die Parteien sich aber bei Abschluß darüber einig waren, daß außer dem notariell protokollierten Betrag eine weitere Summe entweder vorher, gleichzeitig oder später als Teil des Kaufpreises zu zahlen sei[29]). Die Rechtslage wäre dann folgende: Da die Angaben im notariellen Protokoll unrichtig oder unvollständig sind, liegt kein gültiger Kaufvertrag vor. Im notariellen Vertrag sind Scheinabreden enthalten, die diesen nichtig machen. Die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen jedoch sind nicht formgerecht getroffen und infolgedessen gemäß § 313 BGB. unwirksam. Genau so verhält es sich, wenn eine Hypothek, die auf den Kaufpreis übernommen worden ist, zu niedrig angesetzt ist oder die Gewährleistung einer Hypothek unrichtig im Protokoll aufgenommen worden ist. Nach § 313 Abs. 2 BGB. wird nun dieser Formmangel geheilt, sofern Auflassung und Eintragung erfolgt. Die unter den Parteien mündlich getroffenen Abreden erlangen also dann auch beim Schwarzkauf volle Wirksamkeit. Häufig ist es nun vorgekommen, daß vor Auflassung und Eintragung der Verkäufer die Nichtigkeit des Vertrages geltend machte und vom Käufer Rückgabe und Räumung des Grundstücks verlangte. Zu seinen Gunsten spricht die formale Rechtslage. Es kann aber auch möglich sein, daß der Käufer mittels der Einrede der allgemeinen Arglist dem Klageanspruch des Verkäufers wirksam widersprechen kann.

Das Urteil des Reichsgerichts (V. Zivilsenat) vom 6. 5. 1925 (abgedruckt in „Juristische Rundschau" 1925 Nr. 1004) behandelt einen solchen Fall. Durch notariellen Vertrag vom 18. 4. 1922 verkaufte der Kläger sein Grundstück an den Beklagten. Als Kaufpreis gaben die Parteien 70 000 M. an, während in Wirklichkeit 130 000 M. vereinbart waren. Der Kläger klagte auf Rückgabe und Räumung des dem Beklagten übergebenen, aber noch nicht aufgelassenen Grundstücks und machte zur Begründung in erster Linie geltend, der Vertrag sei wegen unrichtiger Beurkundung nichtig. Der Beklagte hat Abweisung der Klage und widerklagend Auflassung des Grundstücks verlangt. Er hat eingewendet, der Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages stehe

[29]) Asch S. 73.

der Einwand der Arglist entgegen. In den Gründen heißt es, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Grundstückskaufvertrag nichtig sei, weil er der Form des § 313 BGB. ermangele, und daß deshalb dem Klageantrag gemäß entschieden und die Widerklage abgewiesen werden müßte, sofern nicht der vom Beklagten der Geltendmachung der Nichtigkeit entgegengesetzte Einwand der Arglist durchgreife. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Einwandes sei im Anschluß an das in RGZ. Bd. 107 S. 357 ff. abgedruckte Urteil des Senats vom 28. 11. 1923 davon auszugehen, daß die bloße Anregung, die Form nicht zu beobachten, die von einer Partei ausgegangen und auf die die andere eingegangen sei, die erstere noch nicht hindere, den Formmangel geltend zu machen, daß vielmehr dazu weiter erforderlich sei, daß die andere Partei durch sie in den Irrtum versetzt worden sei, die Beobachtung der Form sei zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich, und daß die Erregung dieses Irrtums durch ein, wenn auch nicht geradezu arglistiges, so doch durch ein sonstiges schuldhaftes Verhalten der den Irrtum veranlassenden Partei herbeigeführt worden sei.

Ähnlich liegt der Fall in LZ. 1926 Nr. 6 S. 696/97 (Urteil des V. Senats vom 19. 4. 1926). Auch hier handelt es sich um eine Falschbeurkundung des notariellen Kaufpreises, nur daß der Kläger gegenüber dem Einwand des Beklagten, der sich auf die Nichtigkeit berief, replizierte, die Geltendmachung der Nichtigkeit sei Arglist. Der Beklagte hatte, um Steuern zu sparen, angeregt, den Gesamtkaufpreis „auszuscheiden". Darunter war zu verstehen, daß die Vertragsparteien zwar von einem Gesamtkaufpreis von 1 710 000 M. für Grundstück und Inventar ausgegangen waren, daß sie aber zwei getrennte Kaufverträge tätigten und übereinkamen, einen Teil des Kaufpreises für das Grundstück in den darüber geschlossenen notariellen Vertrag nicht aufnehmen zu lassen, sondern ihn durch Verminderung der im Grundstücksveräußerungsvertrag und durch Erhöhung der im privatschriftlichen Inventarverkaufvertrage angegebenen Kaufsumme verschleierten. Der notarielle Grundstückskaufvertrag war also wegen nicht vollständiger Beurkundung des Kaufpreises für das Grundstück nach §§ 313 Satz 1, 125 BGB. nichtig. Zu prüfen war die Frage, ob in dem Verhalten des Beklagten Arglist zu erblicken sei. Nach Lage des Falles kommt das Reichsgericht aber zur Verneinung dieser Frage. Es lag lediglich ein Verhalten des Beklagten vor, das sich gegen die gesetzlichen Vorschriften, nicht aber gegen die andere Vertragspartei richtete. Denn es kommt darauf an, ob die Berufung auf den Formmangel im jetzigen Rechtsstreite gegen Treu und Glauben verstößt. Der erkennende Senat hält daran fest, daß der Einwand der gegenwärtigen Arglist dann berechtigt ist, „wenn der Vertragsteil, der sie geltend macht, bei Abgabe

seiner Erklärung sich in einem durch den anderen Vertragsteil schuldhaft herbeigeführten Irrtum über die Notwendigkeit der Einhaltung der Form nach § 313 Satz 1 BGB. befunden hat. Ein hiernach in Betracht kommendes Verschulden des Beklagten wäre dann anzunehmen, wenn er daran gedacht hätte oder daran hätte denken müssen, daß der Kläger durch seine Erklärung in einen Irrtum über die Gültigkeit des notariellen Grundstückveräußerungsvertrages versetzt werde". Es lag aber weder ein solches Verschulden noch überhaupt ein Irrtum über das Formerfordernis vor, vielmehr waren die Vertragsschließenden — allerdings auf Veranlassung des Beklagten — übereingekommen, die Fallschbeurkundung zwecks Steuerbetrugs vorzunehmen. Da beide Parteien bewußt gegen die gesetzliche Formvorschrift handelten, so ist keine von ihnen mit dem Einwand zu hören, die Rüge des Formmangels verstoße gegen Treu und Glauben. „Trifft sie beide der Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens, so darf keine den Richter um eine Untersuchung in der Richtung angehen, wem von ihnen mit der Gesetzesverletzung ein Gefallen erwiesen worden ist und wer sie veranlaßt hat. Vielmehr muß jede Partei die Folgen davon tragen, daß ihr Vertragsgegner ihr Vertrauen darauf getäuscht hat, die gemeinsam begangene Gesetzwidrigkeit werde nicht ans Tageslicht gebracht werden."

Ein weiterer Fall für die Möglichkeit der Arglisteinrede liegt dann vor, wenn Grundstücksveräußerungsverträge mangels Einholung behördlicher Genehmigung auf Grund des preußischen Grundstücksverkehrsgesetzes vom 10. 2. 1923 nichtig sind. Nach § 10 dieses Gesetzes darf das Grundbuchamt einem Antrag auf Eintragung einer Rechtsänderung nur dann stattgeben, wenn ihm die Genehmigung nachgewiesen wird. Da es sich um eine zwingende Vorschrift handelt, so ist mangels Vorliegens einer Genehmigung selbst dann kein Eigentum übergegangen, wenn die Eintragung erfolgt sein sollte. Das Grundbuch ist dann unrichtig.

In RGZ. Bd. 115 S. 35 ff. (Urteil des V. Senats vom 22. 1. 1927) verkauften die Kläger ein Grundstück an die Beklagten und ließen es auf. Der Kaufpreis betrug 1 000 000 M. Im notariellen Vertrag wurden aber nur 600 000 M. beurkundet. Die Eintragung erfolgte. Aber weder der Kaufvertrag noch die Auflassung waren gemäß dem Grundstücksverkehrsgesetz vom 10. 2. 1923 behördlich genehmigt. Die Beklagten beriefen sich auf die Arglist der Kläger, die darin bestanden haben soll, daß sie einer ihnen den Beklagten gegenüber obliegenden Pflicht zuwider gehandelt haben, alles zu tun, was erforderlich ist, um die Genehmigung herbeizuführen und alles zu unterlassen, was den endgültigen Eigentumserwerb der Beklagten gefährden könnte. Das Reichs-

gericht verneinte jedoch eine solche Pflicht bei formungültigen Grundstücksveräußerungsverträgen: Zwar sei bei formgerechten Geschäften dieser Art, solange die behördliche Genehmigung noch nicht erteilt sei, eine gegenseitige Treupflicht der Vertragsparteien gegeben, alles Erforderliche zu tun, um die Genehmigung herbeizuführen, insbesondere bei dem behördlichen Verfahren mitzuwirken und die nach § 6 Grundstückverkehrsgesetzes vorgeschriebenen Versicherungen der Behörde gegenüber abzugeben. Bei formwidrigem Grundstücksgeschäft jedoch bestehe mangels schuldrechtlicher Bindung grundsätzlich keine Pflicht des Verkäufers, dem Käufer zur behördlichen Genehmigung der Grundstücksveräußerung zu verhelfen. Auch der Versuch gehe fehl, eine derartige Pflicht mit dem Vorhandensein einer dem § 873 Abs. 2 BGB. entsprechenden Einigung zu rechtfertigen. Diese erzeuge nach der ihr im Rahmen des bürgerlichen Rechts zugewiesenen Wirkung zwar eine dingliche Bindung der Beteiligten. Keineswegs aber stelle die gemäß § 873 Abs. 2 BGB. erklärte Einigung einen im Sinne von § 305 mit § 241 BGB. ein Schuldverhältnis begründenden Vertrag dar, der einen Anspruch auf Leistung gewähren könne. Die Tatsache der Bindung gemäß § 873 Abs. 2 BGB. erzeuge mithin für sich allein keine klagbare Forderung auf Beschaffung desjenigen, was etwa noch fehlt, um die Rechtsänderung durch Eintragung herbeizuführen oder die Rechtsmängel einer bereits vollzogenen Eintragung zu beseitigen. Beim Vorliegen eines formungültigen Verpflichtungsgeschäfts und beim Fehlen der Heilwirkung von Auflassung und Eintragung handele daher der Verkäufer mangels entgegenstehender Berechtigung des Käufers nicht arglistig, wenn er seine Mitwirkung zur Behebung der Unwirksamkeit versage.

Von Bedeutung ist aber die weitere Begründung der Arglisteinrede, die dahin geht, daß die Kläger den Beklagten in der Person seines Bevollmächtigten über die Bedeutung einer unrichtigen Kaufpreisbeurkundung getäuscht und für die Gültigkeit des Kaufes trotz dieser falschen Beurkundung Garantie übernommen hätten. Die Vorinstanz (Kammergericht) hatte aber auch dieser Begründung den Erfolg versagt unter Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur der Bestimmungen im Grundstückverkehrsgesetz und deren im öffentlichen Interesse liegenden Bedeutung, den städtischen Grundbesitz vor Überfremdung zu schützen[30]).

Im Gegensatz zur Auffassung des Kammergerichts steht nun das Reichsgericht auf dem Standpunkt, daß unbeschadet der an sich zutreffend dargestellten Bedeutung des Grundstückverkehrsgesetzes die

[30]) Urt. d. KG. vom 3. 3. 1926, JW. 1926 Nr. 1 S. 1025.

Zulassung der Arglisteinrede in der Art und dem Umfang nicht auszuschließen sei, wie sie in der Rechtsprechung des erkennenden Senats, namentlich in RGZ. Bd. 107 S. 180 ff. und 357 ff., gegenüber der Berufung auf Nichtigkeit wegen Formmängel deswegen gewährt werde, weil insoweit die — sonst zu verneinende — Rechtsschutzwürdigkeit der Interessen einer an einem Schwarzkauf beteiligten Partei bejaht werden müsse. Der gemeinwirtschaftliche Zweck eines Gesetzes habe für die gegenseitigen privatrechtlichen Beziehungen von Vertragsparteien, die ihre dem Wirkungsbereich des Gesetzes unterliegenden Vereinbarungen treffen, nur insoweit Bedeutung, als der Gesetzgeber jenem Zweck nach dem Inhalt des Gesetzes Wirkung verschafft habe. Im Grundstückverkehrsgesetze vom 10. 2. 1923 komme als eine die Vertragsfreiheit beschränkende Vorschrift nur die in § 1 vorgesehene Genehmigung in Betracht. Wie sie privatrechtlich wirken solle, sei im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. In ihm seien nur den Behörden bestimmte, auf den Schutz der gemeinwirtschaftlichen Interessen abzielende Befugnisse erteilt (§§ 10 ff.).

In RGZ. Bd. 117 S. 121 ff. (Urteil des V. Senats vom 21. 5. 1927) war dem Kläger von dem Beklagten v. Z. ein Schriftstück des Inhalts ausgestellt worden, daß der Kläger auf ein Haus ein Vorkaufsrecht haben sollte. Der Kläger verlangte in erster Linie Auflassung des Grundstücks an ihn. Die Beklagten beriefen sich darauf, daß keine nach § 313 BGB. formgerechte Zusage erteilt worden sei. Nach der Darstellung des Klägers hatte ihm der Beklagte v. Z. auf eine Äußerung des Klägers, ihm das Haus zu übereignen, u. a. erklärt, daß ihm das Haus sicher sei, da der Kläger ja sein (des Beklagten) festes Versprechen habe, er habe nie Wort gebrochen. Die Vorinstanzen hatten angenommen, daß es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn der Beklagte v. Z. nunmehr die Übereignung des Grundstücks verweigere, und hielten den Einwand der Arglist für begründet. Demgegenüber entschied das Reichsgericht, daß im Hinblick auf das gesetzliche Formerfordernis des § 313 Satz 1 BGB. weder der Einwand eines gegenwärtigen Verstoßes gegen Treu und Glauben (der gegenwärtigen Arglist) begründet sei, noch sonst ein Verstoß gegen die guten Sitten als dargetan anerkannt werden könne. Für den ersten Einwand (nämlich der Arglist) sei nach den in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, insbesondere in RGZ. Bd. 107 S. 357 ff. ausgeführten und in der Folge festgehaltenen Grundsätzen zu erfordern, daß auf der Seite desjenigen, der der Geltendmachung der Formnichtigkeit entgegentritt, ein Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form vorgelegen habe und daß dieser Irrtum vom Geschäftsgegner schuldhaft, mindestens fahrlässig (§ 276 BGB.) verursacht sei. Nach dem festgestellten Sachverhalt hätten beide Teile

die Notwendigkeit der Form gekannt; eine Irreführung oder auch nur ein Versuch dazu habe nicht stattgefunden. Von einem Verschulden der Beklagten im Zeitpunkt der umstrittenen Zusagen könne gleichfalls keine Rede sein, da die Beklagten zu jener Zeit die ernstliche Absicht gehabt hätten, die Zusage zu erfüllen und in solcher Absicht die Zusagen erteilt hätten. Der für den Einwand erforderliche Irrtum über die rechtliche Notwendigkeit der Form könne nicht durch einen tatsächlichen Irrtum darüber ersetzt werden, ob im gegebenen Falle die Zusage, auch wenn nur formlos erteilt, erfüllt würde.

In RGZ. Bd. 118 S. 269 ff. (Urteil des II. Zivilsenats vom 28. 10. 1927) war ein Fall zu entscheiden, in dem sich der Kläger gegenüber der Geltendmachung des Formmangels eines Zeichnungsscheines gemäß §§ 281 Abs. 1, 189 Abs. 2 HGB. auf die allgemeine Arglist berief. Das Kammergericht hielt diesen Einwand für durchgreifend, weil der Beklagte, der als Mitbegründer und Aufsichtsratmitglied der Klägerin zur ordnungsmäßigen Anmeldung und Beobachtung der Förmlichkeiten verpflichtet gewesen sei, nicht seine eigene pflichtwidrige Unterlassung heranziehen könne, um die Zahlungspflicht von sich abzuwälzen. Das Reichsgericht hält diese Darlegungen für rechtsirrtümlich, weil sie die Grundsätze, die das Reichsgericht (vgl. insbesondere RGZ. Bd. 87 S. 281, Bd. 96 S. 313, Bd. 107 S. 537 ff.) auf dem Gebiete des Vertragsrechts entwickelt habe, zu Unrecht anwenden. Denn nach diesen Grundsätzen könne die Replik der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf die Formungültigkeit eines Vertrages oder auf den Verjährungseinwand erhoben werden, wenn derjenige, der die Nichtigkeit oder die eingetretene Verjährung einwendet, die Nichtbeobachtung der Form oder die Unterlassung der rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs zwar nicht arglistig, aber doch durch eine durch ihn zu vertretende Irrtumserregung wider Treu und Glauben selbst herbeigeführt habe. Hier handele es sich aber weder um Vertragspflichten, die verletzt sein könnten, noch habe der Beklagte bei der Zeichnung in den Organen der Klägerin den Irrtum erweckt, daß es der Förmlichkeit der Verpflichtungserklärung nicht bedürfe. Was den Beklagten rechtlich hindern solle, den Mangel der Form zu rügen, sei nach Meinung des Vorderrichters nur die Tatsache, daß er als Aufsichtsratsmitglied zur ordnungsmäßigen Anmeldung und Beobachtung der Förmlichkeiten verpflichtet gewesen sei und dies unterlassen habe. Das reiche jedoch zur Begründung der Replik der Arglist nicht aus. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts sei die Aktienzeichnung kein gegenseitiger oder zweiseitiger Vertrag. Die Verpflichtungsurkunde des Zeichners sei vielmehr ein rechtserzeugender Akt, der sich nicht nur an die Gründer oder an die Gesellschaft richte, sondern zugleich eine Er-

klärung gegenüber der Öffentlichkeit enthalte. Ferner handele es sich auch nicht darum, daß der Beklagte die Beobachtung der Form etwa durch Erregung eines Irrtums auf der Gegenseite schuldhaft vereitelt oder verhindert haben könnte. Und weiterhin müsse Voraussetzung für den Erfolg der Replik der Arglist sein, daß der Zustand, der bestehen würde, wenn die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages unterblieben wäre, zu dessen Erfüllung führen könne. Die Replik der Arglist gegenüber der Berufung auf mangelnde Form sei hier schon um deswillen wirkungslos, weil die Zeichnung nicht nur einen rein privatrechtlichen Akt, sondern zugleich eine Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit darstelle. Diese Eigenschaft lasse sich, wenn der Schein nichtig sei, im Gegensatz zu dem Fall der Erfüllung formungültiger Verträge durch Unterlassung der Berfung auf den Formmangel überhaupt nicht herstellen.

§ 5.

Die Wirkung der Arglisteinrede auf das von ihr betroffene Rechtsgeschäft.

Es bleibt nunmehr noch die Frage zu erörtern, welche Wirkung die Gewährung der Arglisteinrede auszulösen vermag. Rein formal betrachtet liegt der Fall doch so, daß das mit dem Formmangel behaftete Rechtsgeschäft nichtig ist, also an sich keine rechtliche Wirkung auszuüben vermag. Soll nun die Arglisteinrede für den, der sie mit Erfolg geltend macht, einen brauchbaren Wert haben, so muß für ihn entweder in irgendeiner Weise der Rechtszustand hergestellt werden, der bei Gültigkeit des Rechtsgeschäfts bestehen würde, oder er muß wenigstens für einen erlittenen Schaden Wertersatz erhalten. Die Meinungen darüber sind geteilt, welche Folgen sich aus einer wirksam vorgebrachten Arglisteinrede ergeben. Die naheliegendste und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts durchweg vertretene Auffassung geht dahin, daß die begründete Arglisteinrede die Wirkung haben müsse, die sich aus den in den §§ 826, 249 BGB. ausgesprochenen Grundsätzen herleiten läßt. Daraus ergibt sich, daß der, demgegenüber die Arglisteinrede vorgebracht worden ist, das Sachverhältnis so gegen sich gelten lassen muß, wie es sich gestaltet haben würde, wenn sein den Formmangel herbeiführendes Verhalten damals unterblieben wäre. Dies wird im Regelfall der Zustand sein, der beim Vorliegen eines formgültig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts bestehen würde. Diese vom Reichsgericht schon in der Entscheidung vom 15. 11. 1907 (SeuffArch. Bd. 63 S. 349 ff.)

aufgestellten Grundsätze haben Widerspruch gefunden. Reichel, Hoeniger und Josef treten insbesondere der Entscheidung darin entgegen, daß das formwidrige Rechtsgeschäft die Wirkung eines formgültigen haben solle, mithin als rechtswirksam angesehen werden könne[31]). Sie gewähren nur (bei Vorliegen einer unerlaubten Handlung) eine actio doli, und zwar Hoeniger auf nachträgliche Erfüllung der Form, Reichel und Josef nur auf Schadensersatz.

Die Darstellungen Hoenigers nach Ablehnung der vom Reichsgericht ausgesprochenen sog. relativen Gültigkeit des formnichtigen Rechtsgeschäfts sind kurz folgende[32]). Übereinstimmung zwischen Hoeniger und dem Reichsgericht herrscht hinsichtlich der Frage über die Anwendung des § 249 BGB. Er ist der Ansicht, daß das Reichsgericht, sofern es überhaupt einredeweise den Anspruch auf Naturalrestitutionen gelten läßt, diese natürlich für begründet erachten und seine klageweise Geltendmachung zulassen muß. Aber darin gerade glaubt Hoeniger vom Reichsgericht abweichen zu müssen, „daß die exceptionsweise Geltendmachung des begründeten Anspruchs auf Naturalrestitutionen in diesem besonderen Falle wegen der dadurch herbeigeführten unerträglichen, bloß relativen Gültigkeit des Geschäfts nicht geduldet werden kann. Soll das Geschäft zu Bestand gebracht werden, so muß dies in der Weise geschehen, daß es nicht nur im Verhältnis unter den Parteien, sondern auch da, wo es Teil eines für Dritte Rechtsfolgen erzeugenden Tatbestandes ist, oder anders ausgedrückt, daß es allen gegenüber wirksam ist. Dies kann aber nur dadurch geschehen, daß dies Geschäft nachträglich in formgültiger Weise geschlossen wird. Im Prozesse kann dies wiederum nur dadurch erreicht werden, daß, sei es durch Klage oder Widerklage, formgültiger Geschäftsschluß begehrt wird".

Der von Hoeniger vorgeschlagene Weg führt also im Endergebnis auch zu der Lösung, die das Reichsgericht gewinnt. Gegen seine rechtliche Folgerichtigkeit wird sich nichts einwenden lassen. Es fragt sich nur, ob der vom Reichsgericht gefundene Weg nicht der einfachere und praktischere ist, wenn man schon auf Grund der Arglisteinrede aus den in den §§ 826, 249 BGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen zur Wirkung eines formgültigen Rechtsgeschäfts gelangen kann. Diese Frage wird zu bejahen sein.

Gegenüber der reichsgerichtlichen Auffassung verhält sich Reichel[33]) durchaus ablehnend. Eine Klage, die auf die positive Er-

---

[31]) Soergel § 242 Anm. 5.
[32]) Hoeniger z. NotV. 1909 S. 684 ff.
[33]) Reichel a. a. O. S. 1 ff.

füllung des formnichtigen Rechtsgeschäfts abzielt, soll nach seiner Meinung hinfällig sein. Das, womit der Kläger allein durchdringt, sei der Anspruch auf Ersatz des negativen Geschäftsinteresses. Der Ersatz des positiven Vertragsinteresses wird verneint, da nach seiner Meinung die Arglist eines Kontrahenten den Kontrakt, falls dieser selbst nichtig sei, nicht zu Bestand bringen könne; eine Vertragshaftung könne nicht auf bloße Arglist gegründet werden. Auch das negative Interesse finde seine Begrenzung nach oben hin nicht etwa durch das positive Interesse, wie beispielsweise im Falle der §§ 118, 122 oder 307, 179 Abs. 2 BGB. Das Hauptargument, das Reichel gegen den Anspruch auf Naturalrestitution vorbringt, ist, daß der Beklagte sich niemals zum Abschluß eines formgültigen Vertrages herbeigelassen und dem Kläger ein Zwangsrecht auf Erfüllung der Form doch nicht zur Seite gestanden hätte (S. 47). Mit Hoeniger (a. a. O. S. 686) wird ihm hierauf aber entgegengehalten werden müssen, daß dieses Argument die Bedeutung des § 249 BGB. verkennt. Denn § 249 fordert nicht etwa die Herstellung des Zustandes, der *vor* dem schuldhaften Verhalten des Beklagten bestand, sondern desjenigen, wie er *ohne* dieses Verhalten gewesen wäre. Vorher hatte der Kläger allerdings kein Zwangsrecht auf Erfüllung der Form, wohl aber verpflichtet den Beklagten sein schuldhaftes Verhalten bei Vertragsabschluß zur Herbeiführung desjenigen Zustandes, der ohne das schuldhafte Verhalten bestehen würde, das ist aber die Erfüllung des an sich die Form entbehrenden und daher ungültigen Vertrages.

Die Ausführungen Josefs[34]) zu diesem Punkt nehmen ungefähr folgenden Verlauf: Einen Anspruch auf Erfüllung gebe § 249 dem Beschädigten nicht. Allerdings spreche § 826 nicht gerade von einer *Wiederherstellung*, sondern nur von einer *Herstellung*, der bei Nichteintritt des zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes bestehen würde; der Schadensersatzberechtigte könne also auch etwas fordern, was vorher noch nicht dagewesen sei, und sein Anspruch gehe nicht gerade auf Herstellung des früheren Zustandes, sondern auf Herstellung des Zustandes, der bei normalem Verlauf der Dinge, ohne das störende Eingreifen des Beschädigers, vorliegen würde, immer vorausgesetzt, daß der Ersatzberechtigte schon vor der Schädigung auf diesen Zustand einen Rechtsanspruch hatte ... War der vor der Beschädigung bestehende Zustand also rechtlich nicht geschützt, so könne der Beschädigte nicht Herstellung eines anderen Zustandes, eines Rechtsanspruchs verlangen, der vor der Schädigung rechtlich gar nicht bestünde. Josef kommt daher zu dem Ergebnis, daß derjenige, dem die Einrede der Arglist wirksam entgegengehalten werden kann, dem

[34]) Josef, ArchBürgR. Bd. 36 S. 64 ff.

anderen Vertragsteil nur das negative Interesse, das „Vertrauensinteresse" zu ersetzen habe, und zwar in vollem Umfange. Im übrigen schließt er sich hinsichtlich der in den §§ 122, 179 Abs. 2, 307 BGB. festgesetzten Höchstgrenze der Meinung Reichels an[35]).

Es scheint nicht unbedenklich zu sein, wenn Josef wegen des Fehlens eines Schutzes vor dem schädigenden Verhalten des einen Vertragsteils dem anderen Teil keinen Anspruch auf Erfüllung oder Abschluß eines formgerechten Vertrages gewähren will. Darauf kommt es ja gar nicht an, — wie Oertmann (Recht 1914 S. 8 ff.) mit Recht hervorhebt —. Entscheidend ist vielmehr, „ob ohne das arglistige Benehmen jetzt ein rechtlich geschützter Zustand vorhanden sein würde" (Oertmann a. a. O.). Oertmann gewährt dem getäuschten Vertragsteil einen Vertrauensschaden, der bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 252 auch das umfaßt, was der getäuschte Gegner durch den formwirksamen Vertrag an Vorteilen erlangt haben würde. Demgegenüber behauptet nun wieder Josef[36]) für den Fall, daß der Täuschende gar nicht gewillt ist oder war, die Verpflichtungen aus einem formnichtigen Vertrage zu erfüllen, daß auch nicht auf § 252 der Erfüllungsanspruch gestützt werden könne. Denn die arglistige Vorspiegelung von der Entbehrlichkeit der vorgeschriebenen Form habe nicht den Abschluß des formgerechten Vertrages verhindert, sondern die eigene Behauptung des Getäuschten gehe gerade dahin, daß der Schädiger keinesfalls gewillt war, den formgerechten Abschluß zu bewirken; die Voraussetzung des § 252, daß ein formgerechter Abschluß mit Wahrscheinlichkeit erwartete werden konnte, liege danach nicht vor.

Diesem Aufsatz Josefs hat Oertmann in einer Bemerkung (S. 418) seine eigene Ansicht entgegengesetzt und die Ausführungen Josefs in folgenden Punkten widerlegt: „Josefs Gegengründe können mich in meiner von ihm geschilderten und bekämpfen Ansicht nicht erschüttern. Er läßt, wie mir scheint, mehrere Gesichtspunkte außer acht.

a) Es ist schief zu behaupten, daß für den Käufer vor Abschluß eines formgültigen Vertrages „ein rechtlich geschützter Zustand" nicht vorhanden gewesen sei. Gewiß bestanden keinerlei Vertragsrechte. Aber in dem von Josef besprochenen Falle stehen nicht solche, sondern nur Ansprüche aus unerlaubter Handlung, wegen vorsätzlich moralwidriger Schädigung (§ 826 BGB.) in Frage oder allenfalls solche wegen sog. culpa in contrahendo, die bekanntlich gleichfalls vom gültigen Zustandekommen eines Vertrages unabhängig sind. Der Anspruch aus § 826 erfordert objektiv nur eine Schädigung, also ein an sich rein

---

[35]) Josef a. a. O. S. 65 Anm. 5.
[36]) Josef, SächsArch. 10. Jahrg. S. 413 ff.

wirtschaftlich-tatsächliches, nachteiliges Ergebnis in der Vermögenslage des Betroffenen. Im Gegensatz zu § 823 Abs. 1 BGB. braucht es sich in den sonstigen Fällen der Ansprüche aus unerlaubter Handlung, insbesondere nach § 826, nicht um eine Verletzung von Rechten oder bestimmten Rechtsgütern zu handeln, sondern nur um eine Schädigung überhaupt — Interessen-, nicht Rechtsverletzung. Nur muß diese Interessenverletzung im Falle des § 826 vorsätzlich und moralwidrig zugefügt sein.

b) Zur Schädigung in diesem wirtschaftlichen Sinn gehört auch die Vereitelung eines bloß erhofften Gewinnes im Sinne des § 252. Diese Vorschrift gilt nicht nur für die Schadensberechnung innerhalb bestehender Schuldverhältnisse, sondern darüber hinaus allgemein, insbesondere auch für das Gebiet deliktischer Ersatzpflicht.

c) Es fragt sich also nur noch, ob der Gewinn, der den Käufer durch Unterlassung eines formgerechten Vertrages entgangen ist, „nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden könnte". Das ist natürlich an sich eine Tatfrage, über die man so allgemein nicht mit Fug aburteilen kann ... Die Erklärung des ernsten Geschäftswillens (nämlich: ein formgültiges Geschäft abzuschließen D.V.) muß genügen, um beim Geschäftsgegner die begründete Überzeugung und Erwartung des zu erzielenden Geschäftsergebnisses im Sinne von § 252 hervorzurufen. Wenn die Mentalreservation nicht einmal für das Gebiet des Vertragsrechts beachtet wird (§ 116), so noch viel weniger in der hier vorwürfigen Frage. Es geht nicht an, daß jemand bei einem anderen geflissentlich die Erwartung eines bestimmten geschäftlichen Ergebnisses erweckt und dann hinterher die erweckte Erwartung um deswillen als unbegründet, unbeachtbar hinzustellen versucht, weil er, der Geschäftsgegner, innerlich nicht die Absicht gehabt habe, ihr zu entsprechen.

Bei Beantwortung der Frage, was der getäuschte Käufer ohne die arglistige Vorspiegelung als Gewinn erlangt haben würde, muß also von dessen mangelnder Bereitwilligkeit zum formgültigen Geschäftsabschluß abgesehen werden."[37])

Das Reichsgericht nun ist auf dem Standpunkt, den es in der Entscheidung vom 15. 11. 1907 eingenommen hatte, verblieben: Die Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf ein wegen Formmangels nichtiges Rechtsgeschäft soll nach dem aus den §§ 826, 249 BGB. herzuleitenden Grundsätzen die Wirkung haben, daß der andere Teil das

---

[37]) Planck § 125 Anm. 3b und Staudinger § 125 Anm. II 8 wollen gleichfalls nur Ersatz des Vertrauensschadens gewähren.

Sachverhältnis so gelten lassen muß, wie es sich gestaltet hätte, wenn er bei Abschluß des Vertrages dem Verlangen jenes nach Erfüllung der Form nachgekommen wäre. „Der Herstellungsanspruch des § 249 BGB. geht dahin, daß derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Das ist aber nach dem oben Gesagten bei der Einrede der allgemeinen Arglist die Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages. Der herzustellende Zustand ist also derjenige, der bestehen würde, wenn der Kläger sich auf die Nichtigkeit nicht berufen hätte. Alsdann aber müßte er zur Erfüllung des Vertrages verurteilt werden.“ [38])

Das vom Reichsgericht somit herbeigeführte Ergebnis dürfte den Anforderungen von Recht und Billigkeit, von Treu und Glauben im Rechtsverkehr entsprechen, zugleich aber steht es auch in Übereinstimmung mit dem im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerten Grundsatz, daß derjenige, der einen Schaden schuldhaft verursacht hat, alles das tun muß, um die durch die Schadenszufügung herbeigeführten Nachteile wieder gutzumachen. Dieser aus den §§ 826 und 249 BGB. folgende Grundsatz findet in der vom Reichsgericht vertretenen Rechtsauffassung seine Bestätigung. Von ihr abzuweichen oder einen umständlicheren, wenn auch zum gleichen Ziele führenden Weg zu wählen, liegt kein ersichtlicher Grund vor.

---

[38]) RGZ. Bd. 107 S. 364.

Lebenslauf.

Geboren bin ich am 4. Oktober 1904 zu Breslau als Sohn des Postsekretärs Paul Tholl und seiner Ehefrau Helene, geb. Elsner. Mein Vater ist am 27. Dezember 1918 gestorben. Ich besuchte zuerst die Volksschule in Breslau, darauf dortselbst das St. Matthias-Gymnasium, an dem ich Ostern 1923 die Reifeprüfung ablegte. Danach studierte ich in Breslau an der Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität Rechts- und Staatswissenschaft. Am 22. Dezember 1926 bestand ich das Referendarexamen, das Tentamen rigorosum am 1. März 1927.

Zu besonderem Dank bin ich Herrn Professor Dr. Schott in Breslau verpflichtet für die Anregung und Förderung, die er mir bei Abfassung dieser Arbeit zukommen ließ.

Breslau, Dezember 1929.

Leonhard Tholl.